16

P E R

D. Ridolfo, e D. Proſpero Mandocchi

C O N

D. FilippoAntonio, e Sorelle Mandocchi

DEGNISSIMO COMMESSARIO

Il Regio Conſigliere Signor D. Tommaſo Oliva

Scrivano Domenico di Paſcale.

5

(16)

LA preſente memoria è diretta alla dimoſtrazione di due articoli legali, i quali concorrono nel giudizio *familiæ erciſcundæ* dedotto nel S. C. da D. Ridolfo, e D. Proſpero Mandocchi noſtri clienti, pe' quali ſcriviamo.

Saremo brevi nel fatto, poichè non v'è controverſia colla parte su i fatti, onde naſce l'eſame degli articoli, e per conſeguenza ne accennaremo tanto de' fatti, quanto ſarà ſufficiente a formar l'idea delle controverſie legali.

DA Marianna Brigotti fu moglie di D. Franceſco Mandocchi. Da un sì fatto matrimonio nacquero dieci figli, quattro maſchi, e ſei femmine. Ella tra beni dotali, ed eſtradotali ebbe anche per riſultato di due tranſazioni ſtipolate cogli eredi de' dotanti, un patrimonio compoſto di un oliveto denominato il *Crocifiſſo*, due maſſerie, un palazzo di caſe in Atri, e la metà di quattro padronati, il valore de' quali, ſecondo la poſizione manifeſtata nell'allegazione ſcritta per le ſorelle Mandocchi, ſi fa aſcendere a ducati 8000.

Di Marianna Brigotti ſi morì con teſtamento, nel quale ſcriſſe ere-

erede universale il marito D. Francesco Mandocchi, ed eredi particolari nella legittima i dieci comuni figliuoli allora superstiti, e procreati in costanza del suo matrimonio. Il marito erede universale, dopo avere adita l'eredità della moglie, pensò di passare a seconde nozze, come in effetti fece nel 1761 impalmando la signora D. Saveria de Petris. Fu questo il momento, in cui sull'eredità della defunta moglie cominciarono a sviluppare i loro effetti le provvide leggi riguardanti i padri binubi, per ciò che concerne la conservazione degli effetti ad esso loro pervenuti dal primo matrimonio a favore de' figli dallo stesso nati.

I quattro figli maschi, che dal primo matrimonio di D. Francesco Mandocchi con D. Marianna Brigotti eran nati, chiamavansi Giuseppe, Ridolfo, Prospero, e Filipp'Antonio. Di questi D. Giuseppe Mandocchi nell'anno 1794 fece donazione a D. Ridolfo, allettato dall'assistenza, che il fratello in occasione dell'ultima sua infermità gli fece, della quota di proprietà, ch'egli acquistato avea sul retaggio materno per lo passaggio del padre a seconde nozze.

Quindi nell'anno 1799 si morì D. Francesco Mandocchi, e col suo testamento scrisse erede universale il suo figliuolo terzogenito D. Filippo Mandocchi, ed in legittima l'altri due figli maschi, giacchè il quarto D. Giuseppe gli era premorto, legando la dote alle quattro figliuole femmine superstiti.

Nel S. C. trovasi dedotta l'eredità del mentovato D. Francesco Mandocchi ad istanza dell'erede universale, e per conseguenza trovasi aperto un giudizio *familiæ erciscundæ*. E poichè nell'eredità del defunto genitore vi era compresa l'eredità della madre, per parte de' nostri clienti fu questa con supplica particolare anche dedotta, chiedendone la divisione a norma delle leggi.

Il padre binubo tutto ciò, che per qualunque titolo gli perviene dalla sua prima defunta moglie, passando a seconde nozze, è tenuto a conservarne la proprietà a' figliuoli del primo matrimonio; per conseguenza non cade dubbio veruno, che della roba a D. Francesco Mandocchi pervenuta in forza del testamento della sua moglie, non po-

poteva disporne. I figli vi sono invitati dalla legge, per disposizione della quale prendono le loro quote senza ministero veruno del padre binubo. Ma se questo dritto di proprietà, che a' figli si devolve, si deferisce nel momento del passaggio del padre a seconde nozze, cosicchè tutt' i figli allora esistenti acquistano un dritto da sperimentarlo alla morte del padre, capace di poter esser trasferito nonmeno agli eredi proprj, che agli estranei, e del quale si possa dire, che *cessit dies*, sebbene debbasi aspettar la morte del genitore per potersi dire *venit dies*; ovvero questo dritto di proprietà si deferisce a' soli maschi superstiti in tempo della morte del padre, cosicchè si possa dire, che prima di un tal punto *neque cessit*, *neque venit dies*, forma l'esame del primo articolo. Se il diritto di proprietà a' figli si deferisce, e si acquista nell'istante, che il padre binubo fa passaggio a seconde nozze, D. Ridolfo Mandocchi nostro cliente nella divisione del retaggio materno, oltre alla sua quota, avrà dritto di pretendere in forza della donazione fattali dal fratello Giuseppe, anche la quota, che allo stesso si deferì in tempo del passaggio del padre a seconde nozze, non ostante ch'egli il donante non sia al padre sopravvissuto. Per l'opposto niuna ragione dovrà tenersi delle pretensioni del nostro cliente, se questo dritto di proprietà si deferisce nel momento della morte del padre, cosiche prima *neque cessit*, *neque venit dies*, poicchè allora sarebbe vero, che il donante Giuseppe non potea al donatario Ridolfo trasferir quello, ch'esso acquistato non avea, e la donazione spiegarebbe il suo effetto sul retaggio materno a favore del donatario, solamente nel trasferire in persona del fratello Ridolfo la legittima, nella quale era stato istituito erede dalla madre.

In questo retaggio materno, in cui per effetto della disposizione della legge dopo il passaggio del padre a seconde nozze, concorrono i figli del primo matrimonio, si dovrà serbare tra maschi, e femmine un egual divisione, ovvero concorreranno le femmine con i maschi a norma dello statuto municipale? ecco l'esame del secondo articolo.

L'Avvocato delle forelle Mandocchi, per impinguare le porzioni delle ſue clienti, ha ſoſtenuto, che D. Ridolfo Mandocchi noſtro cliente non poſſa in forza della donazione precapire la parte deferita al donante Giuſeppe, a cauſa che facendoſi da' figli queſto acquiſto in tempo della morte del padre, niun dritto ſiaſi deferito a Giuſeppe, e da queſti a Ridolfo trasfuſo; ed ha altresì ſoſtenuto, che le femmine debbono concorrere co' maſchi in porzioni eguali. Ad oggetto perciò di dare una riſpoſta a queſti due aſſunti, noi diſtingueremo queſta memoria in due capi; nel primo de' quali dimoſtreremo, che a' figli acquiſtandoſi il dritto di proprietà nel momento del paſſaggio del padre a ſeconde nozze, ſiaſi radicata l'azione eſperibile in tempo dalla morte del padre in perſona di Giuſeppe, e per conſeguenza da queſti legittimamente trasfuſa al ſuo donatario Ridolfo: nel ſecondo poi diviſaremo, che nella diviſione del retaggio materno non debbaſi il giudice allontanare dallo ſtatuto municipale.

CAPO I.

I figli acquiſtano un dritto permanente ſulla proprietà, nel momento del paſſaggio del padre a ſeconde nozze, da ſperimentarlo ſeguita la di lui morte.

VArie ſono le leggi eſiſtenti ſotto al titolo del codice *de ſecundis nuptiis*, le quali ſono relative alla noſtra controverſia, ed in alcuni luoghi delle novelle della ſteſſa materia ſi tratta. La ſpoſizione di queſti luoghi del dritto convincerà chicchefia della verità della noſtra propoſizione.

La prima legge, che s'incontra, è la coſtituzione degl' Imperadori Valeriano, Graziano, e Teodoſio, contenuta nella legge terza ſotto al mentovato titolo del codice. In eſſa ſi legge, che le donne, le quali dopo avere ricevuti figli dal primo matrimonio, paſſano dopo il tempo del lutto alle ſeconde nozze, debbano tuttociò, che loro dalle ſoſtanze del pri-

primo marito è pervenuto, ſerbare intatto a' figliuoli del primo matrimonio, tra' quali ſi da' loro il dritto di poter ſcie-gliere colui, che debba dopo la morte della madre poſſe-derlo. Ed alla donna binuba ſi nega il dritto dell' aliena-zione, accordandoſi ſoltanto *poteſtatem poſſidendi , atque fruendi in diem vitæ*. Che ſe del primo matrimonio non abbia figli, o queſti tutti le premuojano , allora *omne quod quoquo modo perceperit , pleno proprietatis jure obtineat , atque in his nanciſcendi dominii , & teſtandi circa quem voluerit , liberam habeat facultatem*. Ad oggetto non però di preſtarci, ed al comodo de' ſignori Votanti , ed all' uopo della cauſa, ſará di bene traſcriver la legge per intera, aggiugnendo ſotto ciaſcun paragrafo le rifleſſioni relative alla noſtra quiſtione.

Fœminæ quæ ſuſceptis ex priore matrimonio filiis , ad ſecundas (poſt tempus luctui ſtatutum) tranſierint nuptias; quicquid ex facultatibus priorum maritorum ſponſalium jure , quicquid etiam nuptiarum ſolemnitate perceperint , aut quicquid mortis cauſa donationibus factis , aut teſtamento jure directo , aut fideicommiſſi , vel legati titulo , vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis , ut dictum eſt , priorum maritorum fuerint aſſecutæ id totum : ita ut perceperint , integrum ad filios , quos ex præcedente conjugio habuerint , trasmittant , vel ad quemlibet ex filiis , dummodo ex his tantum ſit , quos tali ſucceſſione digniſſimos judicamus , in quem contemplatione meritorum liberalitatis ſuæ judicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eædem fœminæ ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam perſonam , vel ſucceſſionem ex alterius matrimonj conjunctione ſuſceptam , præſumant , atque habeant poteſtatem poſſidendi tantum , atque fruendi in diem vitæ , non etiam alienandi facultate conceſſa. Nam ſi quid ex jisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum , ex maternis reintegrabitur facultatibus , quæ illibata ad eos , quos ſtatuimus liberos , bona , & incorrupta perveniant.

Quel che ſi rileva dalle parole della traſcritta legge ſi é, che ſubito dopo eſſerſi la donna funeſtata colle ſeconde nozze, per

le robe le quali prima poſſedeva in pieno dominio, ſe le disdice la facoltà di alienare, e ſe gli rimane ſoltanto la poteſtà di poſſederle, ed uſufruttuarle. La legge non dice a chi ſi trasferiſce il dominio, ma vi vuol molto poco per intendere, che queſto paſſa immediatamente ne' figli per miniſtero della legge ſteſſa; imperciocché accordando la legge alla madre il dritto dell'uſufrutto, il quale per eſſere una ſervitù ſulla coſa aliena, ne nasce la conseguenza, che dobbiamo intendere il dominio della proprietà giá partito dalla madre, e trasfuſo a' figli, ſe non voglia dirſi con manifeſto error legale, che il dominio della proprietà ſia in ſoſpeſo. Ed ecco come dalle traſcritte parole della legge ſi rileva, che nel momento del paſſaggio alle ſeconde nozze la proprietà *ipſo jure* paſſa ne' figli, e la madre non ne ritiene, che il ſemplice uſufrutto. Ciò viemmaggiormente confermaſi da quel che ſiegue nel §. primo della ſteſſa legge. *Illud etiam addimus huic legi; ut ſi aliquid ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio ſuſceptos eſſe conſtabit, forte deceſſerit matre iam ſecundis nuptiis funeſtata, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis ſuperſtitibus, id quod per eandem ſucceſſionem ab inteſtato ſuæ poſteritatis mater videbitur conſecuta, in diem vitæ ſuæ pro ſibi debita portione ſola tantum poſſeſſione delata, omne iis, qui ſupererunt, ex priore ſuſceptis matrimonio filiis relinquat; nec ſuper iſtiusmodi facultatibus teſtandi in quamlibet extraneam perſonam, vel quicquam alienandi habeat poteſtatem. Quod ſi nullam ex priore matrimonio habuerit ſucceſſionem, vel natus native deceſſerint, omne quod quoquomodo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his naneiſcendi dominii, & teſtandi, circa quem voluerit, liberam habeat facultatem.*

Or da queſto paragrafo ſi rileva, che la madre tuttoció che abbia conſeguito, o ab inteſtato, o *ex teſtamento* da uno de' figli del primo letto ad eſſalei premorto, toltane la ſola legittima, il dippiú conſervar lo deve agli altri figli ſuoi, frarelli del defunto. Suppone perciò la legge, che il figlio poſſa far teſtamento, e che abbia laſciato alla madre quel-

la

la porzione di proprietà, che la legge gli ha deferito in tempo del paſſaggio della madre a ſeconde nozze. Da ciò ſi deſume, che queſta proprietà ſia già per tal modo al figlio acquiſtata, ch'egli vi abbia ſopra l'attiva fazione del teſtamento, dal che ſorge la conſeguenza, che nel giorno delle ſeconde nozze ſi acquiſta a' figli la proprietà de' beni ſenz'attendere il giorno della morte del genitore binubo, nel quale ſoltanto l'uſufrutto ricorre alla proprietà prima acquiſtata.

In fine della legge ſta ſcritto. *Quod ſi nullam ex priore matrimonio habuerit ſucceſſionem, vel natus native deceſſerit, omne quoquomodo perceperit, pleno proprietatis iure obtineant, atque in his nanciſcendi dominii, & teſtandi circa quem voluerit, liberam habeat facultatem.*

Ecco il dominio rivocabile. Se in tempo della morte del genitore binubo niuno de' figli ſia ſuperſtite, allora s'intende rivocato il dominio della proprietà trasferito a' figli nel giorno delle ſeconde nozze, e la madre allora *nanciſcendi dominium, & liberam facultatem teſtandi circa quem voluerit habeat*. Or io dimando, ſe la madre binuba nel momento, che gli premuojono tutt'i figli *nanciſcitur dominium*, che n'era prima di queſto dominio? la forza dell'eſpreſſion legale *nanciſci dominium, & facultatem teſtandi*, importa un nuovo acquiſto, che taluno faccia di quel che prima non avea? E ſe prima non l'avea, *penes quem reſidebat*? non potendo per aſſioma legale il dominio eſſere in ſoſpeſo. E perciò ſiamo obbligati a confeſſare, che il dominio era preſſo de'figli, trasferito per miniſtero della legge *in die ſecundarum nuptiarum*, rivocabile nel ſolo caſo, che per la morte di tutt'i figli la madre binuba lo venga a riacquiſtare. Ma il dominio rivocabile non diſtrugge in perſona de'padroni le conſeguenze del dritto di proprietà durante il tempo, che permane preſſo de' figli, i quali quando avvenga, che taluno premuoja alla madre *ſuperſtitibus aliis filiis*, vi hanno ſopra l'attiva fazion del teſtamento ſecondochè abbiam ravviſato dal traſcritto §. primo della mentovata legge *fœminæ*.

Quel che nella legge *fœminæ* era ſtabilito per le madri binube, fu dagl' Imperadori Teodoſio, e Valentiniano eſteſo anche ai padri, che ſien paſſati a ſeconde nozze. Ecco le parole della legge. *Generaliter cenſemus quocunque caſu conſtitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio diſſoluto, quæ de bonis mariti ad eam devoluta ſunt, ſervare ſanxerunt, iiſdem caſibus maritum quoque quæ de bonis mulieris ad eum devoluta ſunt, morte mulieris matrimonio diſſoluto, communibus liberis ſervare; nec intereſt ſi alter pro marito donationem ante nuptias, vel pro muliere dotem credideris offerendam. Hoc obſervari præcipimus, licet res ante nuptias donatæ, ut adſolet fieri, in dotem a muliere redigantur. Dominium autem rerum, quæ liberis per hujus legis, vel præteritarum conſtitutionum auctoritatem ſervantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis ſervabat, exſtantes ab omni poſſeſſore liberi vindicabunt, conſumptas vero ab heredibus ejus exigent, qui eas ſervare debuerant. Alienandi ſane vel obligandi ſuo nomine ea res, quæ liberis ſervati præceptæ ſunt, eis qui reſervaturi ſunt, adempta licentia eſt. Negotia vero liberorum patri utiliter adminiſtrare concedimus. Dividendi quoque res inter eos liberos ipſis parentibus pro ſuo arbitrio, vel eligendi quem voluerint, licentiam non denegamus.*

Dalle parole della traſcritta legge ſi vede chiaramente, vivente il padre trasfuſo il dominio ai figli; imperciocchè ai genitori altro dritto non s' accorda, ſe non che la facoltà *utiliter adminiſtrare negotia liberorum*, ed è loro eſpreſſamente interdetta la facoltà di alienare, o di obbligare nel proprio nome le coſe, il dominio delle quali ſi è ne' figli trasfuſo, per modo che a' medeſimi la legge accorda la revindicazione; qualora ſien le coſe alienate eſiſtenti, e l'azione per eſigere dall' erede del padre le coſe, che ſien conſumate.

E tanto è vero, che i genitori diventano ſemplici uſufruttuarj, privi di ogni dominio, che nella *l. Hac adictali* i genitori binubi ſono obbligati per le coſe mobili a dar

la cauzione fruttuaria a favore de' figli del primo matrimonio, *quod eaſdem res mobiles, vel earum pretium filiis, & filiabus ex eodem matrimonio procreatis, vel poſt mortem eorum nepotibus, & neptibus ex eiſdem liberis procreatis, ſive omnibus, ſive uno, unaque ſuperſtite mori contigerit, ſecundum legum modum reſtituat*. Due conſiderazioni inſorgono relative al noſtro aſſunto. La prima, che tanto è vero, che la proprietà ſi parta dalla perſona de' genitori binubi, e ſi trasfonda ne' figli, che vien dalla legge a' genitori ingiunta la cauzione fruttuaria, del pari che a qualunque eſtraneo fruttuario di coſa mobile s' impone. La ſeconda conſiderazione ſi é, che nel momento del paſsaggio a ſeconde nozze per tal modo dai figli s' acquiſta la proprietà, che da queſti ai nipoti ſi trasfonde. Queſto, che per incidente, e per occaſione della cauzion fruttuaria ſtà detto, forma l' oggetto di una legge poſitiva dell' Imperadore Zenone, che è la VII. ſotto lo ſteſſo titolo del codice, ſcritta ne' ſeguenti termini: *In quibus caſibus pater dotem, mater ante nuptias donationem, vel alias res ad ſe ex altera parte devolutas, filiis utriuſque ſexus ſervare præcepti ſunt; ſi quem ex filiis, vel filiabus ante patris, vel matris obitum mori contigerit, ſive ante ſecundas nuptias, ſive poſtea, filio, vel filia, nepote, vel nepte, vel pluribus, patre ſuo adhuc vivo, vel matre ſuperſtite, derelictis; portionem, quæ defuncto filio, vel filiæ debebatur, vel lucrum ex ea, non ad fratres, vel ſorores mortui, ſed ad filios ejus, vel filias, vel nepotes utriuſque ſexus, aut pronepotes, avis, vel proavis ſuperſtitibus pervenire decernimus; eligendi videlicet, quos voluerint ex liberis ſuperſtitibus non adempta licentia*.

Si vede dunque talmente radicata la proprietà ne' figli del primo matrimonio, che ſi accorda il dritto di traſmiſſione ai nipoti.

L' Imperador Giuſtiniano non volle eſſere di meno degl' altri ſuoi predeceſſori, e pubblicò anche egli una coſtituzione relativa al dritto di trasmiſſione dai figli ai nipoti. Quel che però toglie ogni dubbio, é l' eſpreſſa coſtituzione di

Giu-

Giuſtiniano contenuta nella l. 11. ſotto lo ſteſſo titolo del codice. In eſſa ſi legge. *Si filii, quorum parentes ad ſecundas venerant nuptias, ante eas deceſſerint, proprietas lucrorum nuptialium ad filiorum* HEREDES ETIAM ESTRANEOS *teſtamento ſcriptos* PERVENIET; *deducto eo, quod in caſum orbitatis parentem lucrari convenit, quod etiam pro rata obſervatur uno ex pluribus filiis ante parentem mortuo. Sed ſi parens lucra nuptialia alienaverit, vel ad ſecundas nuptias venerit, nec eum liberi heredem inſtituerint, valebit alienatio ad finem ejus, quod in caſum mortis liberorum lucrari parens, qui alienavit, debuit, & reliquum revocabitur ab heredibus defunctorum liberorum.*

A ben intendere queſta coſtituzione convien premettere, che ſolevaſi ne' capitoli matrimoniali convenire il patto di quanta porzione di dote, o della donazione antenuziale lucrar doveſſe il conjuge ſuperſtite, qualora non eſiſteſſero figli. Queſto patto era riſpettato, qualora accadeſſe, che la donna paſſaſſe a ſeconde nozze, e le premoriſſero i figli del primo matrimonio, ai quali conſervar dovea la proprietà delle coſe da quel matrimonio pervenutale; imperciocchè allora agli eredi anche eſtranei dei figli premorti davaſi tutto in morte della madre binuba, riſervandoſi all' erede eſtraneo della ſteſſa ſoltanto quella porzione, che la madre nelle tavole nuziali *pacta erat in caſu orbitatis*. E' tanto dunque permanente nei figli il dritto di proprietà, ed é tanto vero, che queſto loro ſi acquiſta nel momento del paſſaggio dei genitori a ſeconde nozze, che ſi dà ai figli premorti il dritto, non ſolo della traſmiſſione ai loro proprj figli; ma sì bene il dritto d' iſtituire nel teſtamento l'erede eſtraneo, ed in queſto ſecondo caſo del teſtamento, cioè in cui ſiaſi inſtituito l'eſtraneo, il genitore binubo non può ſalvar altro, ſe non ſe quella porzione per la quale *in caſu orbitatis* ſi trova di aver pattuito nei capitoli matrimoniali. Quì finiſce la legislazione del codice, la quale ci convince delle ſeguenti propoſizioni.

Primo: i figli acquiſtano un dritto alla proprietá, ſubitochè i loro genitori paſſano a ſeconde nozze.

II.

II. Queſto dritto è talmente loro, che ne poſſono diſporre a favor degli eſtranei, e qualora non ne abbiano diſpoſto, e muojono con figli, è traſmiſibile alli ſteſſi.

III. I genitori binubi non riacquiſtano queſta proprietà, ſe non nel ſolo caſo, che in tempo della morte loro ſian premorti tutti i figli, e tra i figli premorti non vi ſia, chi, o ne abbia diſpoſto in favore d'eſtraneo, o ſia morto con figlioli.

Facciamoci ora a vedere, ſe la noſtra propoſizione regga, eſaminata ancora col dritto noviſſimo propoſto da Giuſtiniano nelle ſue novelle coſtituzioni. La prima coſtituzione che s'incontra, é la ſeconda ſotto al *tit. de non elig. ſecund. nuben. mulier.* In eſſa ſi comincia dal corriggere il dritto del codice, mercè il quale aveano i genitori binubi la facoltá di eleggere tra i figli del primo matrimonio quelli, ai quali volean riſervata la proprietá delle coſe acquiſtate coll'occaſione del matrimonio. *Proſpeximus itaque*, dice Giuſtiniano, *non confuſum hoc de electionibus indiſcretumque relinquere, ſed hujusmodi dare ordinem cauſæ: matre ſemel ad ſecundas nuptias veniente, lucrum non tantummodo ejus, filiorum proprietate manente antenuptialis fieri donationis, & nullam eſſe licentiam matri alios quidem filios eligere, alios autem exonerare, quoniam omnibus ſimul ſecundis nuptiis fecit injuriam.*

Giuſtiniano ebbe occaſione di far queſta novella per una diſputa di una madre binuba, la quale dal primo matrimonio avuto avea due figli un maſchio, ed una femmina, eragli il maſchio premorto, ond'era che non gli avanzava, che la ſola figliola femina; quindi ſoggiugne: *Quapropter & in præſenti proprietas antenuptialis donationis tota ad filiam veniet, uſu apud matrem, donec vivet, ſervando; & ſecundum noſtram conſtitutionem ſiquidem mater præmoriatur, filiæ tota antenuptialis donatio competit: ſi vero filia, manet quidem apud matrem lucrum ex pacto non exiſtentium filiorum. Reliquum vero erit filiæ; & morions hoc transmittit ad ſuos heredes, qui ex lege vocantur.*

Quì Giuſtiniano ſi riporta alla ſua coſtituzione pubblicata nel

Co-

codice, la quale ſmarrita prima, e reſtituita poi per opera del Cujacio, forma oggi la *l. XI. C. de ſecund. nupt.*, e perciò ſtabilì, che nel caſo la figlia premoriſſe alla madre, ella non doveſſe aver altro, ſe non che *lucrum ex pacto non exiſtentium liberorum* ſolito a convenirſi ne' capitoli nuziali, ed il dippiù ſtabilì, che foſſe della figlia, per modo, che ella premorendo alla madre, lo traſmetteſſe *ad ſuos heredes, qui ex lege vocantur*, e queſti ſecondo che abbiam veduto, eſſer potevano i figli nel caſo della morte inteſtata, e gli eſtranei ancora nel caſo della morte con diſpoſizione.

Paſsò l' Imperador Giuſtiniano colla ſteſſa novella nel capo ſecondo a figurare il caſo, che una madre prima di paſſare a ſeconde nozze abbia alcuna coſa della donazione antenuziale, da eſſa guadagnata per la morte del marito, alienato a beneficio di alcuno eſtraneo, e quindi paſſi a ſeconde nozze. *Palam eſt*, egli dice, *quia ſupervenientibus ſecundis nuptiis, alienatio evacuatur, nec hoc omnibus modis, ſed in ſuſpenſo & alienatio, & evacuatio manet.* Imperciocchè ſe accada, che la donna muoja laſciando ſuperſtiti i figli del primo letto, *evacuabitur omnino quod factum eſt, lege proprietatem antenuptialis donationis ad filios deducente*; Se poi premuojano tutti i figli alla madre dice Giuſtiniano. *Erit contractus firmus, non in totum, ſed ſecundum pactum non exiſtentium liberorum: quod nos introduximus primi* (quì ſi riporta di nuovo alla ſua coſtituzione ſmarrita, e reſtituita dal Cujacio nella legge XI., ſotto il titolo corriſpondente del Codice) *& ſtatuimus nuper de hoc ſcribentes legem. Et ſecundum quandam quidem partem, erit contractus firmus, ſecundum quandam vero infirmus apparebit: Hoc eſt, ſecundum hoc quidem, quod permanet apud matrem, occaſione pacti filiorum non exiſtentium, valebit: ſecundum hoc vero, quod traſmittitur ad filii ſucceſſores, infirmus erit.*

Ed il ſolo caſo, in cui ſi poteſſe per lo dritto della madre riputar valido tutto il contratto, è figurato, quando morendo il figlio, e inteſtato ſenza laſciar figli, ai quali la legge ac-

accorda la traſmiſſione, o ſenza far teſtamento, in cui diſponga a favore degli eſtranei, venghi la madre ſola a ſuccedere al figlio. *Ut ſi mater ſola filio ſuccedens inveniatur, omnis contractus rurſus firmus erit.* Soggiugne l' Imperador Giuſtiniano, che quel, che egli ſtabiliſce della madre binuba, vuolſi intendere anche del padre, *quia contra binubos pene communes, & viri ſunt, & mulieres.*

Tanto è vero, che Giuſtiniano riconobbe il dritto della proprietà radicato ne' figli nel tempo del paſſaggio de' genitori alle ſeconde nozze, che nel capo terzo della ſua novella paſsò a regolare il dritto della ſucceſſione de' figli premorti. Il I. caſo, che figura, che i figli abbian fatto teſtamento, ed allora non proibiſce, che l' eredità ſecondo la legge di ogni altra proprietà *veniat ad ſcriptos heredes*, permettendo al figlio di potere iſtituire il padre, o la madre binuba, ed accordando a coſtoro la querela *inofficioſi*, qualora ſiano o preteriti, o ingiuſtamente diredati. Se poi ſia il figlio morto inteſtato laſciando di ſe figlioli, riſerba a queſti la porzion del padre, ove queſti non vi foſſero, dá luogo alla ſucceſſione dei collaterali, chiamando i diluí fratelli, ed una aſſiem con queſti la madre, o il padre binubo: *ſi vero inteſtatus deceſſerit reſervans illius partem, ſi quidem habuerit filios proprios, ad filios venire; ſin autem non habuerit quidem filios proprios, ſit fratrum vocatio, & matris una cum fratribus; ſecundum quod a nobis ſancitum eſt, ad hereditatem venientis, & eam firme habentis; ſive ad ſecundas vellet venire nuptias, ſive non.*

Lo ſteſſo Imperadore nella ſua novella coſtituzione al capo XXVI, ſotto al tit: *de nuptiis* conferma lo ſteſſo, che nella novella ſeconda avea ſtabilito in ordine alla ſucceſſione dei figli, che premuojono ai genitori binubi. Siaci perciò permeſſo di conchiudere, che o ſi riguarda il dritto del codice, o ſi attende il dritto noviſſimo delle novelle, i figli acquiſtano il dritto alla proprietà per modo, che queſta diventa un patrimonio tutto loro, e ſul quale vi hanno la diſpoſizione, come ogni uomo lo ha ſulla roba propria fino al punto di poter morendo iſtituir l' erede eſtraneo.

Or

Or ſe hanno eſſi la libera fazione attiva del teſtamento, ſarà loro vietato di poterne diſporre per atto tra vivi? La fazione attiva del teſtamento è il maſſimo riſultato del dritto del dominio, di cui ſi valgono gl'uomini coſtituiti in ſocietà, e ſarebbe ſciocca propoſizione quella, che aſſumeſſe di non poterſi diſporre in vita ciò, che ſi può liberamente morendo diſporre. La legge ha ſoluto frenare piuttoſto il libero uſo del dominio in morte, e non mai in vita. Infatti per atti tra vivi ogni uomo diſpone della propria roba a ſuo piacere, quandocché taluna volta in morte é obbligato a ſervare alcune moderazioni. Vi fu tempo nel quale ſi credette di dover frenare l'eſteſa manumiſſione, che nei teſtamenti facevaſi. I padri debbon laſciare la legittima a' figli, ed i figli a' padri, qualora faccian teſtamento, nell' atto che il padre può della ſua roba per atti tra vivi liberamente diſporre, ſenza che il figlio poſſa impedirlo, e così infiniti altri eſempj, che nel dritto occorrono.

Premeſſe qneſte coſe facciam ritorno alla cauſa. D. Giuſeppe Mandocchi allora quando fé la donazione a D.Ridolfo Mandocchi ſuo fratello aveva acquiſtato il dritto permanente, per lo paſſaggio del padre a ſeconde nozze, ſulla proprietà de' beni materni, nei quali era ſtato il padre binubo iſtituito erede dalla defunta ſua moglie, e madre reſpettiva. Se potea far teſtamento vivente il padre, e nella ſua porzione iſtituire un erede eſtraneo, chi ſarà quel giudice, il quale potrà dubitare di non doverſi attendere la ſua donazione? e non doverne oggi riſentire gli effetti il ſuo donatario?

Il noſtro contraddittore aſſume, che i figli dei genitori binubi acquiſtan dritto alla proprietà nel giorno della morte de' genitori medeſimi per trarne la conſeguenza a ſe favorevole, che un tal dritto acquiſtar non ſi poſſa da que' figli, che ſien premorti. Noi non c'impegneremo a lungo per riſpondere, giacché tutta la dimoſtrazione da noi teſſuta é diretta ad eſcludere il ſuddetto aſſunto. Egli fermandoſi alle ſole parole di un paragrafo della legge *fœminæ*, ha creduto di dimoſtrare la ſua propoſizione, ma noi ſviluppan-

pando la ſtoria della legislazione abbiam meſſo in chiaro, che il dritto alla proprietà i figli lo acquiſtano nel momento del paſſaggio de' genitori alle ſeconde nozze, e che lo acquiſtano per modo, da poterne diſporre anche in favore degli eſtranei, e la ſopravvivenza degli altri figli, e fratelli del figlio predefunto al genitore binubo, non ſerve ad altro, ſe non ad impedire, che la proprietà ritorni al parente binubo ſuperſtite. L'eſiſtenza de' figli fa, che reſti confermata la proprietà trasfuſa al fratello defunto, e per eſſo a coloro, che legalmente lo rappreſentano.

Dalle coſe fin quì dimoſtrate ne deriva la innegabile conſeguenza, che il noſtro cliente D. Ridolfo Mandocchi nel giudizio *familiæ erciſcundæ* debba ſull' eredità materna rappreſentare due legittime; una cioè quella in cui fu egli iſtituito erede dalla madre, l'altra del ſuo fratello premorto D. Giuſeppe Mandocchi; ed oltre a ciò debba avere due porzioni, una ſua propria, e l'altra dello ſteſſo ſuo fratello sulla metà dell' eredità materna, nella quale fu iſtituito erede il padre binubo, e la cui proprietà paſsò a tutti i figli fin dal momento, che D. Franceſco Mandocchi comune genitore contraſſe le ſeconde nozze con D. Saveria de Petris. Ma nel ſemiſſe dell' eredità materna, dalla di cui proprietà decadde il padre binubo, ſuccederanno tutti i figli maſchi, e femine ugualmente, come in una proprietà, che la legge ad eſſi indiſtintamente deferiſce, ovvero mercé lo ſtatuto locale ſuccederanno i ſoli maſchi col peſo di dotar le femine? Ecco il ſecondo eſame, che dovrà fare il S.C.

CA-

CAPO II.

Nel luogo dove lo ſtatuto eſcuſivo delle femine è in vigore, la ſucceſſione della roba pervenuta a' padri binubi regolar ſi deve colla ſteſſa norma dello ſtatuto.

IL noſtro valente contraddittore, che ſoſtiene l'egual ſucceſſione tra maſchi, e femine in queſti beni, ricorre all'argomento che deriva dalle ſteſſe leggi del codice, nelle quali la ſucceſſion de' figli è preſcritta; e poicchè dic'egli il linguaggio della legge é comune tanto a' maſchi, che alle femine, riputandoſi i beni petvenuti al padre binubo come un patrimonio dalla legge tramandato a' figli, non ſi può, nè ſi dee attendere lo ſtatuto eſcluſivo delle femine. Queſto argomento, che il mio contrario maneggia cade, ſubitoche ſi riflette, che del diritto comune é moltopiù recente il noſtro ſtatuto contenuto in una coſtituzione fondamentale del regno, che incomincia *in aliquibus*. Il dritto comune nel deferire la proprietà de' beni del padre binubo, trovava capace dell' acquiſto tanto i maſchi, che le femine. Ma poicché per legge fondamentale del regno nel concorſo co' maſchi alle femmine non ſi appartiene, che il dritto della congrua dotazione, convien confeſſare, che in queſta parte il noſtro ſtatuto abbia fatto una correzione al dritto comune.

Oltre a che convien riflettere, che i beni del padre, o della madre binuba, la proprietà de' quali nel momento del paſſaggio de' genitori alle ſeconde nozze, ſi deferiſce a' figli del primo matrimonio, per unirſi a loro anche l' uſufrutto ſeguita la morte del genitore binubo, ſono dalla legge a' figli tramandati come per dritto di ſucceſſione al defunto genitore, il cui letto ſia ſtato funeſtato col paſſaggio dell' altro genitore alle ſeconde nozze. La legge dà a' figli del primo matrimonio la proprietá de' beni, che al padre binubo ſon pervenuti dalla defunta genitrice, e ſeguita la morte